

La nuova “esterovestizione”: riflessi operativi sui processi di internazionalizzazione

Gian Luca Nieddu - dottore commercialista e revisore legale (CEO di Muse Strategy S.t.p. a r.l.)

Matteo Paolo Marabelli - avvocato (Muse Strategy S.t.p. a r.l.)

Il seguente contributo si occuperà di fornire un breve riepilogo della recente evoluzione delle disposizioni contenute nel Tuir in merito alla identificazione della residenza fiscale delle società e degli aspetti di maggior rilievo da considerare nell’ambito dei processi di internazionalizzazione di impresa e di mantenimento di strutture estere. Ecco dunque che, dopo una prima sezione in cui si riprenderanno i tratti caratterizzanti la c.d. “esterovestizione” prima e dopo la riforma dell’[articolo 73](#), Tuir in vigore a partire in sostanza dal 1° gennaio 2024, l’articolo si soffermerà sulle indicazioni contenute in recenti pronunce delle Corti di Cassazione sullo specifico tema in oggetto. Successivamente, sarà approfondito un caso concreto, ovvero quello di una società estera neo-costituita caratterizzata da un “stretto nesso” con la propria casa-madre italiana. Da ultimo, si condivideranno alcune considerazioni finali di chiusura, in particolare fornendo breve sintesi dei fattori rivelatori della sede della attività economica.

Residenza fiscale delle società: il contesto normativo nazionale e sovranazionale di riferimento

La possibilità per un’impresa di poter espandere il proprio *business*, creando filiali in quegli Stati che possono essere funzionali allo sviluppo di un’idea imprenditoriale, può rivelarsi di fondamentale importanza; in senso opposto, normative che ostacolano tale espansione potrebbero comportare il soffocamento di tali idee imprenditoriali, e dunque una perdita di possibile crescita del *business*.

L’Unione Europea, non a caso, annovera la libertà di stabilimento come uno dei principi cardine sui quali ha fondato il proprio assetto normativo: gli articoli dal 49 al 55, Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (Tfue) riconoscono e tutelano tale libertà, andandola a bilanciare con tutti gli altri interessi che entrano in gioco.

Citando l’articolo 49, Tfue:

“Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si

estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società”.

La libertà di stabilimento, però, irrimediabilmente si scontra con problematiche di natura impositiva e fiscale.

Secondo i principi del diritto internazionale, uno Stato è legittimato a esplicare il proprio potere impositivo su un soggetto (sia esso persona fisica o giuridica) solo se presente un collegamento sufficiente e ragionevole con il suo territorio. È il principio che si ritrae dal criterio del *“genuine and reasonable link”*, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia internazionale a partire dalla sentenza Nottebohm del 6 aprile 1955¹.

Per quanto concerne l'Italia, l'[articolo 10](#), Costituzione impone all'ordinamento giuridico di conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, tra le quali è annoverabile quella secondo la quale uno Stato è legittimato a tassare uno straniero solo se presente un collegamento sufficiente e ragionevole con il suo territorio.

In questo contesto sovranazionale e domestico si innestano le disposizioni di cui all'[articolo 73](#) *“Soggetti passivi”* del D.P.R. 917/1986 (anche *“Tuir”*) le quali – prendendo in esame l'individuazione della residenza delle società – affrontano la fattispecie della c.d. *“esterovestizione”*: in breve, con tale termine si intende - riprendendo le parole della Corte di Cassazione² - *“la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, in particolare in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo, ovviamente, di sottrarsi al più gravoso regime nazionale.”* La veste formalmente estera, in altri termini, cela in realtà un soggetto sostanzialmente italiano e, dunque, da assoggettare a tassazione.

La fattispecie della esterovestizione non deve essere confusa con quella, pur connessa, della stabile organizzazione³, con la quale si intende (articolo 5, Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni redatto dall'Ocse) una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello Stato.

La stabile organizzazione non è un soggetto giuridico, e tale istituto ha la sua *ratio* nel sottoporre a tassazione la sede fissa di affari di un'impresa nello Stato nel quale è presente tale sede, e non nello Stato nel quale formalmente risiede, invece, l'impresa stessa.

¹ In merito al rapporto tra *genuine link* e potestà impositiva, si vedano G. Maisto, *“Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di “genuine link” ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione Europea”*, in Rivista di Diritto Tributario, n. 10/2013, pag. 889; R. Cordeiro Guerra, *“I limiti alla potestà impositiva ultraterritoriale”*, in Rivista di Diritto Tributario, n. 1/2012, pag. 31; S. Dorigo, *“I mutevoli caratteri della norma di diritto tributario internazionale nel tempo della sovranità fiscale globale”*, in Rivista di Diritto Tributario, n. 2/2019, pag. 381.

² Cassazione, sentenza n. 33234/2018.

³ Nella recente sentenza della Suprema Corte in tema di esterovestizione, ad esempio, gli ermellini sembrano non operare una distinzione in modo netto dei 2 istituti, *cf.* Cassazione, sentenza n. 34723/2022.

La fattispecie dell'esterovestizione, invece, è improntata a una logica simile ma diversa, e presuppone la presenza di un vero e proprio soggetto giuridico distinto dall'impresa capogruppo: il potere impositivo è incardinato nello Stato nel quale è presente la sostanza, per così dire, di un'impresa, e non nello Stato in cui formalmente essa risiede, ossia nello Stato in cui ha la veste formale.

I medesimi concetti erano già stati ben enucleati anche nella circolare n. 1/2018 (aggiornata al 1° dicembre 2017) del Comando Generale della G. di F.⁴. Quanto alle società e agli enti, il problema della esatta determinazione della residenza ai fini fiscali assume connotati di particolare rilevanza con riferimento agli enti societari, attesa la riscontrata diffusione di fenomeni di "esterovestizione" e, cioè, di quelle particolari fattispecie per cui una entità, pur avendo formalmente sede all'estero, presenta uno o più criteri legali di collegamento con l'ordinamento nazionale, in virtù dei quali la residenza fiscale può risultare radicata all'interno del territorio dello Stato.

Le norme di riferimento in tema di residenza fiscale delle entità societarie sono rappresentate dagli articoli [5](#), comma 3, lettera d) e [73](#), comma 3, Tuir. Al fine di determinare la residenza a fini fiscali di una società in Italia, è sufficiente accertare la ricorrenza di uno solo dei criteri di collegamento individuati dalla legge, ossia la sede legale, la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale, per la maggior parte del periodo d'imposta; non è pertanto rilevante che la società sia stata costituita (e abbia la sede legale) all'estero, se la stessa ha nel territorio dello Stato la sede amministrativa o l'oggetto principale, potendosi, dunque, verificare il caso di società formalmente estere, ma fiscalmente residenti in Italia.

Per quanto precede, la definizione fiscale di residenza per i soggetti diversi dalle persone fisiche è sostanzialmente coincidente con quella civilistica. Rilevanti interventi normativi in tema di residenza fiscale di società o enti sono stati introdotti con la previsione di 2 commi aggiuntivi all'articolo 73, Tuir (*5-bis* e *5-ter*), con i quali il Legislatore ha stabilito una presunzione (relativa) di residenza nel territorio dello Stato per le entità che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'[articolo 2359](#), comma 1, cod. civ., in società di capitali ed enti commerciali residenti in Italia.

L'attrazione presuntiva in Italia della sede dell'amministrazione avviene se, alternativamente, tali enti e società:

- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, cod. civ., da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- sono amministrati da un CdA, o altro organo equivalente di gestione, composti in prevalenza di consiglieri residenti in Italia.

⁴ Volume III, parte V, capitolo 11 "Il contrasto all'evasione e alle frodi fiscali di rilievo internazionale" (pag. 346 e ss.).

Il comma 5-ter, [articolo 73](#), Tuir, stabilisce che, per la verifica del requisito del controllo, occorre considerare la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. La disposizione del comma 5-bis presenta taluni profili di interconnessione con la disciplina CFC di cui all'[articolo 167](#), Tuir – in ordine alla quale si rimanda *sub d)* – allorché un soggetto residente controlli una società o un ente rientrante nel perimetro applicativo del medesimo articolo 167 che, a sua volta, detenga partecipazioni di controllo in società di capitali o enti commerciali residenti in Italia. Evidentemente, la presunzione di residenza nel territorio dello Stato della società estera rende – in punto di principio – inoperante la disposizione dell'articolo 167, Tuir, impedendo l'imputazione al soggetto controllante del reddito che la controllata stessa, in quanto residente, è tenuta a dichiarare in Italia.

Qualora, tuttavia, la società riuscisse a superare la presunzione di residenza estera, fornendo la prova contraria prevista dal comma 5-bis, la controllata non residente, ricorrendone le condizioni, rimarrebbe attratta alla disciplina CFC; pertanto, il suo reddito resterà imputabile per trasparenza al soggetto residente controllante.

Ciò detto, è allora di estrema importanza - ai fini di una circostanziata valutazione dei profili di rischiosità fiscale di una promanazione estera di un soggetto italiano – prendere in considerazione le significative modifiche introdotte alle disposizioni dell'articolo 73, Tuir da parte dell'[articolo 2](#), D.Lgs. 209/2023, a seguito della Legge Delega 111/2023.

L'[articolo 60](#), D.Lgs. 209/2023 chiarisce che *“le disposizioni del presente titolo si applicano dagli esercizi che decorrono a partire dal 31 dicembre 2023”*. E dunque, data anche la presenza nell'ordinamento dell'articolo 3 dello Statuto dei diritti del contribuente (L. 212/2000) che sancisce espressamente l'irretroattività delle disposizioni in materia tributaria, sembra che non possano sussistere dubbi sul fatto che le modifiche di cui all'articolo 73, Tuir si applicheranno solo a partire dagli esercizi successivi a quello del 31 dicembre 2023.

È dunque utile ripercorrere in modo sintetico e puntuale qual è stata la disciplina sino al dicembre 2023 e qual è la disciplina vigente tutt'ora: infatti, per determinare se una società è stata esterovestita fino all'esercizio del 31 dicembre 2023 occorrerà far riferimento alla normativa antecedente. Per quanto concerne gli esercizi successivi al 31 dicembre 2023, invece, occorrerà far riferimento alla nuova normativa.

L'articolo 73, Tuir, per come prevalentemente formulato, prevedeva al comma 3 che:

“ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.”

Il parametro di riferimento, quindi, era previsto sulla base di diversi criteri di collegamento effettivo con il territorio dello Stato, individuati facendo riferimento al dato formale della sede, ovvero agli ulteriori criteri sostanziali che tengono conto o della peculiare attività economica prevalentemente esercitata per conseguire lo scopo sociale o del luogo da cui promanano gli impulsi volitivi inerenti l'attività di gestione dell'ente. Pertanto, il profilo di riferimento, al fine di concretizzare la valutazione della soggettività passiva dell'ente nel territorio dello Stato, era costituito - in siffatte ipotesi - dall'esistenza di un rapporto tra il soggetto giuridico ed il territorio di riferimento.⁵

È bene ricordare sin d'ora che l'articolo 4, § 3, Modello di Convenzione OCSE - come risultante a seguito dell'aggiornamento del 27 novembre 2017 - rimette la risoluzione dei casi di doppia residenza delle società al comune accordo delle competenti autorità dei 2 Paesi contraenti, tenuto conto della sede della sua direzione effettiva, del luogo in cui è stata costituita e di ogni altro fattore rilevante⁶.

La precedente versione del 2014 dava, invece, prevalenza al criterio della "sede di direzione effettiva" ("*place of effective management*") e tale criterio di individuazione della residenza fiscale si ritrova nella maggior parte delle convenzioni contro le doppie imposizioni esistenti, stipulate anche dall'Italia. Il Commentario alla nuova versione del modello OCSE 2017 precisa, peraltro, che gli Stati contraenti possono comunque mantenere la formulazione originaria del § 3, Modello OCSE 2014 e il riferimento "automatico" al criterio della "sede di direzione effettiva".

Inoltre, i commi da 5 *bis* a 5 *quater* dell'[articolo 73](#), Tuir (nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2023) prevedevano una serie di presunzioni *iuris tantum* (relative):

"5 bis. Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, comma 1⁷, cod. civ., nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

⁵ Cassazione, sentenza n. 34723/2022.

⁶ Modello di Convenzione OCSE (novembre 2017), articolo 4, § 3: "Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States".

⁷ "Sono considerate società controllate: 1. le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2. le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3. le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa."

- sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato⁸.

Per quanto concerne la prova contraria concessa dalla disposizione al fine di poter dimostrare che la società, nonostante la presenza dei requisiti previsti, non risiede effettivamente in Italia (elemento rimasto invariato anche post-riforma e dunque valevole tutt'oggi), è bene chiarire come il comma 5-bis, [articolo 73](#), Tuir, prevede l'inversione dell'onere della prova, che risulta pertanto a carico del contribuente. Per vincere la presunzione di residenza nel territorio dello Stato, il soggetto estero dovrà dimostrare, secondo quanto chiarito dalla [circolare n. 28/E/2006](#), "con argomenti adeguati e convincenti" che "esistono elementi di fatto, situazioni od atti, idonei a dimostrare un concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero".

Nel previgente contesto normativo, quindi, una società poteva considerarsi esterovestita se, nonostante la sua residenza fosse formalmente estera, avesse avuto la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato o qualora integrasse i requisiti di cui alle presunzioni dei commi 5 bis, ter e quater.

In questo contesto si è innestata la riforma citata. Riprendendo la relazione illustrativa⁹, D.Lgs. 209/2023, in particolare il commento all'articolo 2 che ha modificato, come anzidetto, l'articolo 73, Tuir:

"La disposizione in esame riformula il comma 3 dell'articolo 73 del Tuir in materia di residenza delle società e degli enti con l'obiettivo di assicurare maggiore certezza giuridica, tenendo anche conto delle prassi internazionali e dei criteri per la definizione della residenza previsti dalle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Segnatamente, vengono eliminati i riferimenti al criterio dell'oggetto principale, che ha dato luogo a controversie e rischi di doppia imposizione, e al criterio della sede dell'amministrazione."

La residenza di società ed enti, quindi, viene ricondotta a 3 criteri alternativi, 2 dei quali sostitutivi di quelli previgenti:

1. la sede legale;
2. la sede di direzione effettiva;
3. la sede della gestione ordinaria in via principale.

⁸ I commi 5-ter e 5-quater prevedevano, invece: "5-ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5.

5-quater. Salvo prova contraria, si considerano residenti nel territorio dello Stato le società o enti il cui patrimonio sia investito in misura prevalente in quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e siano controllati direttamente o indirettamente, per il tramite di società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia. Il controllo è individuato ai sensi dell'articolo 2359, commi 1 e 2, del cod. civ., anche per partecipazioni possedute da soggetti diversi dalle società."

⁹ Parere ai sensi degli articoli 1, 3, comma 1, lettere c), d), e) e f), e 9, comma 1, lettere g), h) e i), della L. 111/2023) (Trasmesso alla Presidenza del Senato il 7 novembre 2023).

Il criterio della sede legale ha carattere formale e rappresenta, sempre secondo quanto asserito dal Legislatore delegato¹⁰, *“un elemento di necessaria continuità con la normativa in vigore anteriormente alla riforma.”*

Diversamente, i 2 nuovi criteri hanno natura sostanziale poiché:

- il criterio della *“sede di direzione effettiva”* identifica il luogo in cui avviene la continua e coordinata assunzione delle decisioni strategiche riguardanti la società o l'ente nel suo complesso;
- il criterio della *“sede della gestione ordinaria in via principale”* coincide con il luogo ove avviene il continuo e coordinato compimento degli atti della gestione corrente riguardanti la società o l'ente nel suo complesso.

Tali criteri:

“esprimono la ratio della novella legislativa, sottolineando la rilevanza degli aspetti di natura fattuale in relazione al collegamento personale all'imposizione del reddito e realizzando un approccio che lo amplia e rafforza la certezza del diritto”¹¹.

Per quanto concerne il criterio della direzione effettiva, il Legislatore delegato chiarisce che:

“tiene conto del suo mantenimento nelle Convenzioni internazionali italiane in vigore, spostandone la rilevanza come uno degli elementi fondanti la residenza in base alla normativa di fonte interna. Il riferimento alla direzione e alla sua effettività è in ogni caso inconciliabile con l'interpretazione di tale requisito volta a farlo coincidere con l'elemento volitivo dei soci. Pertanto, ai fini della direzione effettiva, non rilevano le decisioni diverse da quelle aventi contenuto di gestione assunte dai soci né le attività di supervisione e l'eventuale attività di monitoraggio della gestione da parte degli stessi”.

Invece, per quanto riguarda il criterio della gestione ordinaria in via principale, la relazione afferma:

“L'inserimento del criterio della “gestione ordinaria in via principale”, consente di allinearsi a quell'orientamento di altri Paesi europei che lo impiegano per stabilire il collegamento personale all'imposizione nei casi in cui vi è un effettivo radicamento della persona giuridica sul territorio, ma sorgono incertezze interpretative in merito al luogo di direzione effettiva. In altri termini, ciò che rileva ai fini del criterio qui considerato è che gli atti siano relativi alla gestione ordinaria, attinente al normale funzionamento della società o dell'ente nel suo complesso. L'impiego dell'espressione “in via principale” consente inoltre di evitare un eccessivo allargamento del collegamento personale all'imposizione quando solo una parte di tali attività si svolge nel territorio dello Stato e quindi può, se del caso, esistere una stabile organizzazione. Analogamente, la gestione corrente di un ramo d'impresa configura una stabile organizzazione

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

(“place of management” ai sensi dell’articolo 5, § 2, lettera a), modello OCSE e articolo 162, comma 2, lettera a) del Tuir, ossia “sede di direzione”).

Per quanto concerne il comma 5-bis, [articolo 73](#), Tuir relativo alla presunzione di residenza nel territorio dello Stato di società ed enti controllati o amministrati da soggetti residenti nel territorio dello Stato, è stato semplicemente riformulato come conseguenza dell’introduzione dei nuovi criteri della sede di direzione effettiva e della gestione ordinaria, mantenendo la medesima struttura ed i medesimi presupposti. Esso oggi recita:

“Salvo prova contraria, si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato le società ed enti che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, cod. civ., nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, cod. civ., da soggetti residenti nel territorio dello Stato;*
- sono amministrate da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.”*

Recente giurisprudenza: spunti di riflessione

In aggiunta al breve *excursus* sopra riportato, giova in questa sede ricordare come chiavi di lettura di natura sostanziale, come quelle messe in evidenza nei paragrafi precedenti e da ultimo introdotte dalle modifiche all’articolo 73, Tuir, erano già rinvenibili nella giurisprudenza degli ultimi anni.

Con riferimento, dunque, alla stima della esposizione al rischio fiscale in parola (i.e., attrazione in Italia della residenza fiscale di una società estera) in relazione alle modalità operative oltreconfine, può essere utile ricordare in questa sede alcune pronunce giurisprudenziali che hanno posto l’accento sugli aspetti fattuali di gestione delle operazioni estere.

Ad esempio, nella sentenza n. 41683/2018, della Suprema Corte, si affronta il caso della contestata esterovestizione a carico di una società con sede legale a San Marino, con contestuale segnalazione alla competente Autorità Giudiziaria per reato di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi (ex [articolo 5](#), D.Lgs. 74/2000) e per occultamento o distruzione di documenti contabili (ex [articolo 10](#), D.Lgs. 74/2000). Secondo il competente ufficio della Agenzia delle entrate, gli elementi sintomatici di esterovestizione (*inter alios*) erano:

- titolarità di rapporti di conto corrente bancario sia in Italia sia in San Marino ma l'utilizzo di quelli accesi in Italia per la gran parte delle operazioni;
- testimonianza dell'unica dipendente della società, che aveva riferito “*di non aver mai svolto alcuna attività per la società*”;

- operatività societaria lunga circa 9 anni, a fronte di un contratto di locazione finanziaria di un capannone situato a San Marino di durata biennale;
- a San Marino erano state rinvenute, presso uno studio commerciale, un esiguo numero di fatture attive e passive a fronte di un ingente fatturato;
- rinvenimento presso l'abitazione dell'imputato di timbri, moduli, corrispondenza e altra documentazione relativi alla società esterovestita non rinvenuti nella sede sammarinese della stessa;
- a fronte di 9 anni di attività, erano stati prodotti solo i bilanci relativi a 2 annualità e le dichiarazioni fiscali erano state depositate dopo oltre 10 anni.

Ecco, dunque, che – a seguito delle sentenze di primo e secondo grado avverse il contribuente – la Corte di cassazione non riconosce perseguibile il contribuente per il delitto di omessa presentazione della dichiarazione per l'impossibilità di stabilire, oltre ogni ragionevole dubbio, il superamento della soglia di punibilità prevista dalla norma; diversamente, rileva che il contribuente abbia occultato scritture contabili reperite presso soggetti terzi e non esibite ai verificatori.

Nell'ambito del processo, la Suprema Corte riporta la definizione di sede amministrativa e sede effettiva dell'ente, intesa, come

"il luogo nel quale la società ha il centro effettivo di direzione e di svolgimento della sua attività, ove risiedono gli amministratori, sia convocata e riunita l'assemblea sociale, si trovino coloro che hanno il potere di rappresentare la società, ossia il luogo deputato o stabilmente utilizzato per l'accentramento dei rapporti interni e con i terzi in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente e nel quale hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e dove operano i suoi organi amministrativi o i suoi dipendenti."

Ulteriori elementi di valutazione della presunta esterovestizione di una società estera sono altresì stati affrontati nelle pronunce della Corte di Cassazione n. 33234/2018 e n. 33235/2018 (c.d. caso "Dolce & Gabbana").

Gli elementi caratterizzanti la controversia tra gli stilisti italiani e l'Amministrazione finanziaria che avevano condotto quest'ultima a riattare in Italia la residenza fiscale di società controllata residente nel Gran Ducato del Lussemburgo, possono essere così identificati:

- presunta esterovestizione della società lussemburghese ("Lux") dove era stato trasferito il marchio Dolce & Gabbana in precedenza di proprietà dei 2 stilisti italiani;
- l'operazione ha consentito alle persone fisiche di percepire il relativo reddito non più sotto forma di *royalties*, ma di dividendi, soggetti ad un regime più favorevole;

– *royalties* soggette a tassazione agevolata in Lussemburgo e in Italia venivano tassati soltanto i dividendi.

Gli elementi sintomatici dell'esterovestizione rilevati dalla Agenzia delle entrate e fatti propri dall'avviso di accertamento erano in sostanza i seguenti:

- la controllata lussemburghese non ha una struttura amministrativa (solo 1 dipendente con mansioni di segretaria);
- la direzione di tale controllata estere deve ritenersi radicata in Italia presso altra società del gruppo (sulla base della corrispondenza *e-mail* intercorsa tra gli amministratori italiani e i dipendenti di Lux, dalla quale emergevano le direttive impartite);
- mancanza di autonomia gestionale e finanziaria da parte della controllata lussemburghese.

La vertenza si conclude con la Corte di Cassazione che cassa le sentenze di II grado (avverse ai contribuenti) stabilendo che:

1. *“Affinché l'esterovestizione possa essere validamente contestata, occorre che essa abbia come risultato l'ottenimento di un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito dalle norme e ... che da un insieme di elementi oggettivi risulti che lo scopo essenziale dell'operazione si limiti all'ottenimento di tale vantaggio fiscale”*¹²;
2. la scelta di svolgere la propria attività in un altro Stato membro, anche motivata da ragioni fiscali, è perfettamente legittima, in quanto *“il contribuente può scegliere tra 2 operazioni, non è obbligato a preferire quella che implica il pagamento di maggiori imposte”*;
3. l'individuazione del luogo da cui partono gli impulsi gestionali o le direttive amministrative non può costituire il criterio esclusivo per l'accertamento della sede della direzione effettiva, ma è necessario verificare che non si tratti di una costruzione di puro artificio e dunque che sia al contrario un'entità reale che svolga effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o statuto;
4. le società che per statuto gestiscono esclusivamente c.d. *passive income* non necessitano di dotazioni materiali e di personale tipiche di una realtà industriale o commerciale;
5. il fatto che gli impulsi decisionali venissero dall'Italia, lasciando i compiti esecutivi alla sede lussemburghese, rappresenta la prova che in Lussemburgo vi fosse effettivamente l'esercizio di un'attività.

Un altro caso giurisprudenziale che offre utili spunti di analisi di natura operativa è quello affrontato dalla Suprema Corte nella sentenza n. 16697/2019 con la quale gli ermellini, respingendo uno dei

¹² Sullo stesso tema, *ex multis*, Cassazione, sentenza n. 34723/2022: *“In materia di imposte sui redditi delle società, l'applicazione dei concorrenti criteri di collegamento di cui al D.P.R. 917/1986, articolo 73, comma 3, della sede legale o sede dell'amministrazione od oggetto principale in Italia è compatibile con la contestazione da parte della Amministrazione finanziaria alla parte contribuente di un'evasione fiscale, a prescindere dall'accertamento di un'eventuale finalità elusiva della contribuente, che sia volta a perseguire uno specifico vantaggio fiscale che altrimenti non le spetterebbe.”*

motivi di ricorso, hanno ritenuto meritevole la sentenza di secondo grado che sposava la posizione della Agenzia delle entrate, secondo la quale la società olandese sarebbe stata da identificarsi quale *“realizzazione meramente artificiosa, finalizzata a scopi esclusivamente fiscali”* e dunque la sua residenza fiscale avrebbe dovuto essere riattratta in Italia. In quel caso, sono stati riconosciuti i seguenti elementi sintomatici esteroinvestizione:

- esiguità della struttura e dei compiti (meramente esecutivi): la società olandese fu identificata quale mero *“luogo di disbrigo di affari correnti”*, presentando locali di modeste dimensioni e presenza di soli 2 dipendenti, peraltro meri esecutori di ordini provenienti dall'Italia;
- la direzione, le decisioni, le strategie e le autorizzazioni di investimento provenivano dall'Italia, e precisamente dai vertici della controllante, tutti residenti ed operanti in Italia;
- nulla aveva provato che le decisioni, le deliberazioni e le direttive fossero prese nei Paesi Bassi;
- gran parte della corrispondenza con l'intestazione delle società olandesi era di fatto firmata in Italia su carta intestata delle società olandesi come rinvenuto dalle *“lettere di trasmissione dall'Italia all'Olanda”*, gli amministratori italiani non erano tutti presenti di persona ma solo per delega alle riunioni, le decisioni importanti venivano prese in Italia e quindi inviate in Olanda per essere inserite a verbale alla presenza del solo amministratore olandese, per essere conservate agli atti per scopi esclusivamente fiscali.

Un altro caso che offre elementi peculiari di riflessione quanto alle circostanze che possono indurre l'Amministrazione finanziaria alla contestazione della esteroinvestizione di una società estera è quello affrontato dalla Corte di Cassazione, sentenza n. 8915/2020. In estrema sintesi, la controversia in parola può essere così rappresentata:

- l'Agenzia delle entrate accertava un maggior reddito di impresa a fronte dell'omessa presentazione della dichiarazione dei redditi da parte di una società lussemburghese. La stessa era titolare del 30% delle azioni di una Spa italiana, poi cancellata dal Registro imprese;
- la Suprema Corte ha confermato la sentenza di secondo grado, secondo la quale, benché la verifica fiscale e l'azione impositiva riguardassero la società avente sede formale in Lussemburgo - ma di fatto operante in Italia - la successiva cancellazione della società italiana dal Registro Imprese giustificava comunque, ai sensi dell'[articolo 2495](#), capitolo 2, cod. civ., l'azione del Fisco creditore nei confronti dei suoi soci e la notifica degli avvisi presso l'ultima sede della società;
- la società lussemburghese era dunque stata ritenuta di fatto operante in Italia, essendo titolare del 30% delle azioni di una Spa italiana, costituita da 3 soci/amministratori.

La Corte di Cassazione ha respinto, quindi, il ricorso della società contribuente (già soccombente in primo e secondo grado) in quanto:

1. nell'ipotesi di società di capitali a ristretta base sociale (o a base familiare), è ammessa la presunzione di attribuzione ai soci degli utili extracontabili, che vanno imputati al socio nell'anno in cui sono conseguiti, e sempre che il socio non dimostri che gli utili extracontabili non sono stati distribuiti perché accantonati e reinvestiti nella società;

1. l'accertamento ai soci dell'impresa estinta basato sui loro conti in banca è legittimo: la richiesta di acquisizione dagli istituti di credito di copia delle movimentazioni dei conti bancari non implica, in assenza di previsioni specifiche e di autorizzazione, l'inutilizzabilità dei dati acquisiti, a meno che dagli stessi ne derivi un concreto pregiudizio al contribuente ovvero venga in discussione la tutela di diritti fondamentali di rango costituzionale dello stesso, come l'inviolabilità della libertà personale o del domicilio;

2. in materia tributaria non vige il principio dell'inutilizzabilità della prova irrualmente acquisita, salvo che dall'irrituale acquisizione ne sia derivata una frustrazione dei diritti fondamentali di rango costituzionale del contribuente, come l'inviolabilità della libertà personale o del domicilio: ciò in quanto la tutela dei diritti fondamentali prevale sempre ed in ogni caso anche rispetto all'esercizio di potere amministrativo. Inoltre, la presunzione legale relativa della disponibilità di maggior reddito, desumibile dalle risultanze dei conti bancari, non è riferibile ai soli titolari di reddito di impresa o da lavoro autonomo, ma si estende alla generalità dei contribuenti.

Infine, si vuole fare memoria dell'ordinanza n. 19000/2021 della Cassazione (pubblicata il 6 luglio 2021). La Suprema Corte ha confermato la pronuncia della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia che ha ritenuto esterovestita una società lussemburghese. Gli elementi che hanno avuto un peso rilevante nella decisione sono così riepilogati:

- localizzazione in Italia dell'effettivo centro di direzione della società legalmente residente in Lussemburgo;
- rinvenimento di documenti presso la Alfa Srl e riconducibili alla Beta SA (i.e., la ricorrente lussemburghese) da cui si rilevano le direttive impartite agli amministratori lussemburghesi;
- è decisivo il fatto che l'adozione delle decisioni riguardanti la direzione e la gestione dell'attività di impresa avvenga nel territorio italiano, nonostante la società abbia localizzato la propria residenza fiscale all'estero.
- La nozione di "*sede dell'amministrazione*" – scrive la Corte – in quanto contrapposta alla "*sede legale*", deve ritenersi coincidente con quella di "*sede effettiva*" (di matrice civilistica), intesa come luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento – nei rapporti interni e con i terzi – degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente.

Si potrebbe, dunque, concludere che gli aspetti sostanziali della modifica normativa da poco entrati in vigore non sono da considerarsi – quantomeno a livello di dibattito dottrinale e soprattutto giurisprudenziale – poi così nuovi.

In altri termini, avrebbero dovuto essere già tenuti in considerazione dai gruppi multinazionali e dai loro consulenti fiscali e legali all'atto della impostazione dei flussi delle operazioni e delle catene di comando diretto e riporto funzionale *cross-border*.

Modifiche normative ed effetti sui processi di internazionalizzazione: il caso della *start-up*

In aggiunta a tutto quanto fin qui analizzato in merito alla recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, si ritiene utile in questa sede condividere alcune riflessioni su un caso specifico: quello di una neo-costituita controllata estera (c.d., *start-up*) che riceve dalla casa-madre (o *parent*) il supporto necessario all'avvio delle attività.

Più precisamente, si pensi alla situazione – sovente affrontata dai gruppi multinazionali all'atto della costituzione di una nuova società controllata, oppure vissuta da una società italiana all'atto del suo primo passo oltreconfine nell'ambito di un progetto di internazionalizzazione – che vede la *start-up* ricevere dalla casa-madre non soltanto le risorse finanziarie (sia immobilizzate, i.e., capitale sociale e riserve patrimoniali, che liquide, ovvero finanziamento infragruppo per lo svolgimento dell'attività quotidiana), bensì anche quelle di natura più tecnica e gestionale.

Può trattarsi, ad esempio, di una *start-up* costituita in prossimità delle fonti di approvvigionamento di materie prime e incaricata di svolgere attività di trasformazione delle dette materie prime in semilavorati (e.g., *contract manufacturing activity*) che, una volta ceduti alla casa-madre, saranno in ultima istanza trasformati in prodotti finiti destinati alla vendita sul mercato. Ora, si ipotizzi quanto segue:

- alla formale guida (i.e., amministratore unico) della *start-up* è posto un dirigente di casa-madre dove ha già responsabilità e poteri esecutivi o addirittura un membro del consiglio di amministrazione della medesima *parent* italiana;
- l'organico della controllata estera è formato da un gruppo di operai addetti alla trasformazione delle materie prime in semilavorati, e comprende altresì un dipendente addetto alla attività amministrativa (*in primis*, tenuta della contabilità e punto di raccordo con il professionista locale incaricato degli adempimenti contabili, civilistici e tributari). A nessuno dei dipendenti della *start-up* sono conferiti poteri di rappresentanza o procure specifiche per intrattenere rapporti con i terzi;
- il processo di produzione dei semilavorati presso la *start-up* è coordinato e supervisionato da uno degli operai (ad esempio, quello con il maggior grado di esperienza) il quale è in costante contatto

con il responsabile della produzione della casa-madre per coordinare tempistiche della produzione, quantitativi richiesti e monitorare la qualità dei semilavorati prodotti dalla *start-up*. Si deve altresì rilevare come nei primi 6 mesi di effettiva operatività della neo-costituita filiale estera la figura del responsabile di produzione sia stata ricoperta dal direttore di produzione di casa-madre, appositamente distaccato all'estero;

– si noti, poi, che il *team* di operai addetti ai processi di trasformazione delle materie prime è stato reclutato in loco e – non avendo le persone selezionate esperienza nell'ambito dei processi di trasformazione in oggetto – la casa-madre italiana ha inviato presso lo stabilimento estero per un prolungato periodo di tempo (ad esempio, 9-12 mesi) squadre di propri dipendenti specializzati che – alternandosi – hanno provveduto al *training* dei colleghi esteri per elevarli a un sufficiente grado di autonomia;

– dal punto di vista dell'approvvigionamento delle materie prime per la *start-up*, è il responsabile dell'ufficio acquisti di casa-madre che (attraverso apposito software ERP) monitora l'andamento della produzione e tiene sotto controllo i flussi di materiali in entrata e quelli di semilavorati in uscita destinati alla *parent*. Pertanto, in considerazione dei prodotti finiti da evadere, egli procede ad inviare gli ordini di acquisto ai fornitori di materie prime per conto della filiale estera e ad organizzarne tutte le necessarie operazioni di logistica. In un tale svolgimento delle attività, è l'ufficio acquisti di casa-madre a negoziare prezzi e termini contrattuali con i fornitori che sono poi applicati all'atto della fatturazione da questi ultimi alle filiali del gruppo (c.d., accordi quadro o *framework agreements*).

Ora, in una siffatta condizione di *start-up*, la neo-costituita filiale estera risulta in sostanza essere una sorta di "*promanazione*" o "*estensione*" della casa-madre italiana la quale, proprio perché si tratta di dare avvio alle nuove attività oltre confine, si fa carico di tutta l'organizzazione dei processi produttivi, inclusa la condivisione di parte del *know-how* di base con la struttura estera.

Se agli aspetti più connessi alle modalità di svolgimento e gestione delle attività produttive si aggiunge altresì la mancanza di un vero e proprio organo direttivo in loco dotato di quei (minimi) poteri per svolgere con la necessaria autonomia le ordinarie attività di trasformazione, allora la conclusione non può che volgere alla constatazione di una situazione di esterovestizione della filiale estera, potendo a evidenza riconoscerne presso la *parent* italiana sia la sua "*sede di direzione effettiva*" sia la sua "*sede della gestione ordinaria in via principale*".

L'esempio appena sopra illustrato ben si presta allora alla seguente riflessione: la situazione pocanzi rappresentata è sicuramente ricorrente nella fase di *start-up* all'estero, special modo nel caso di quelle attività di ridotte dimensioni e/o limitato rapporto con terzi (ad esempio, sbocco al mercato). Tuttavia, è importante avere consapevolezza che si deve trattare di una fase "*di transizione*" che deve interessare un periodo di tempo il più breve possibile e deve quindi rientrare in un progetto di sviluppo proiettato su più esercizi.

In altri termini, non si tratta soltanto di mettere a punto *budget, forecast e business plan*, bensì di unire alla necessaria programmazione economico-finanziaria anche un adeguato sviluppo sia degli aspetti di *governance* che di quelli connessi all'organico in loco. Infatti, l'autonomia nella gestione ordinaria delle attività della controllata estera nonché l'identificazione della sede di direzione effettiva (per quanto di una *controlled entity* facente parte di un gruppo multinazionale) devono necessariamente prendere forma in una visione a 360° di tutti gli aspetti della vita societaria.

Pertanto, una volta portato a termine il primo anno di attività e comunque entro la fine del terzo anno di *start-up*¹³, la neo-costituita filiale estera dovrà verisimilmente essere dotata di una sua struttura decisionale in loco per avere – nei fatti – la necessaria autonomia operativa. Senza voler aprire nuovi fronti di analisi, è appena il caso di far memoria – tenendolo sullo sfondo nell'ambito di questo contributo – della rilevanza della tematica del *transfer pricing*, a cominciare dalla fase di *design* dei flussi *intercompany*; tra gli aspetti rilevanti (per quanto non certo l'unico) vi è sicuramente il tema delle *shareholder's activities* e dei *low value adding services*¹⁴ e dunque di ciò che casa-madre può ragionevolmente addebitare alla filiale estera a fronte della prestazione di servizi centralizzati e di quei costi (c.d. *dell'azionista*) che invece è corretto si accoli lei in quanto casa-madre e quindi centro dove vengono assunte le decisioni strategiche e catalizzati i connessi rischi.

Considerazioni finali

A conclusione del presente contributo, si ritiene utile – riprendendo le indicazioni operative contenute nella circolare n. 1/2018 del Comando Generale della G. di F. – fornire una breve sintesi dei fattori rivelatori della sede della attività economica. Tra essi si possono ricomprendere i seguenti:

- la sede statutaria,
- il luogo dell'amministrazione centrale,
- il luogo di riunione dei dirigenti societari e quello, abitualmente identico, in cui si adotta la politica generale della società,
- il domicilio dei principali dirigenti,
- il luogo di riunione delle assemblee generali,
- il luogo di tenuta dei documenti amministrativi e contabili;
- il luogo di svolgimento della maggior parte delle attività finanziarie, in particolare bancarie.

Giova altresì ricordare come una visione “*sostanzialistica*” della dinamica e della gestione societaria individua – secondo il Comando Generale – la sede della amministrazione nel luogo:

¹³ Volendosi in tal modo rifare al comune concetto di *start-up* che vuole la fase iniziale di avvio delle attività durare in media non oltre un triennio.

¹⁴ Per approfondimenti, si rinvia al Capitolo VII delle Linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento.

- di residenza degli amministratori, avendo principale riguardo agli amministratori di fatto e non a quelli di diritto;
- di effettivo esercizio del potere di gestione dei conti bancari della società e, più in genere, delle sue disponibilità finanziarie;
- in cui è presente un apparato organizzato di beni e persone, dove viene esercitata l'impresa e da dove promanano le attività di direzione dell'ente.

A titolo esemplificativo, sia in sede di accesso che nel corso della verifica – si legge ancora nella circolare n. 1/2018 – *“si avrà cura di ricercare e acquisire la documentazione che può risultare idonea a sostenere la residenza fiscale in Italia dell'entità di diritto estero”*. Occorrerà acquisire notizie e documenti – ad esempio – in merito a:

- il luogo di residenza degli amministratori, con particolare riguardo a quelli *“professionali”* (compenso di eventuali amministratori non residenti sia congruo e proporzionato rispetto alle attività svolte ed alle responsabilità assunte formalmente);
- l'eventuale esistenza di atti o accordi che limitino le responsabilità di alcuni amministratori o che li esulino da ogni conseguenza negativa derivante dall'essersi conformati alle istruzioni ricevute dal socio italiano;
- il luogo in cui si svolgono le riunioni – formali e/o informali – del CdA e sono compiuti gli atti di amministrazione (ad esempio, lettere di convocazione e *fax*; biglietti viaggi e soggiorni all'estero; prove della disponibilità di attrezzature tecniche all'estero);
- il luogo in cui sono stati stipulati i contratti relativi ad attività poste in essere dalla società, ivi compresi quelli concernenti l'eventuale negoziazione di titoli azionari e la disponibilità di rapporti finanziari da cui la società trae le provviste per lo svolgimento delle attività sociali;
- il luogo di approvvigionamento, predisposizione e formazione dei documenti, contabili o d'altra natura, delle società formalmente istituite all'estero; nella pratica dei controlli, infatti, non sono mancati casi in cui detta documentazione è stata acquisita e/o predisposta presso soggetti ubicati sul territorio nazionale.

Riprendendo, infine, considerazioni già sopra riportate, l'analisi dei profili di rischio quanto alla possibile attrazione in Italia della residenza fiscale di una società estera deve andare oltre gli aspetti meramente formali e investigare – in modo circostanziato alle singole situazioni in esame – gli aspetti di natura sostanziale connessi all'effettivo svolgimento delle attività, prendendo così in considerazione analisi economico-finanziarie¹⁵ nonché l'organizzazione dei fattori produttivi sia

¹⁵ In proposito, non si può non osservare come alla Amministrazione finanziaria italiana non interessi in ultimo *“rimpatriare”* la residenza fiscale di una società palesemente in perdita nel periodo di imposta sottoposto a verifica e di quelli immediatamente successivi.

italiani che esteri e la loro interconnessione (i.e., l'articolazione della *value chain*) e tutti gli aspetti della *governance*, ancora una volta, sia della entità italiana che di quella estera.